

Sagaz Industries Canada Inc., Sagaz Industries Inc. and Joseph Kavana Appellants

v.

671122 Ontario Limited, formerly Design Dynamics Limited Respondent

INDEXED AS: 671122 ONTARIO LTD. v. SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC.

Neutral citation: 2001 SCC 59.

File No.: 27820.

2001: June 19; 2001: September 28.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Vicarious liability — Employee versus independent contractor — Original supplier suffering substantial losses when it was replaced as supplier because of bribery scheme in large commercial transaction — Whether rival supplier vicariously liable to original supplier for tortious conduct of its consultant.

Trial — Evidence — Re-opening of trial to admit fresh evidence — Trial judge declining to reopen trial to admit fresh evidence on a motion brought after release of reasons but before formal judgment entered — Whether Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of trial judge in decision to reopen trial.

The respondent (“Design”) was Canadian Tire’s principal supplier of synthetic sheepskin car seat covers for 30 years. In 1984, Design was advised by S, the head of Canadian Tire’s automotive division, that the corporate appellants (“Sagaz”) would be replacing Design as Canadian Tire’s seat cover supplier. S terminated Canadian Tire’s supply relationship with Design in favour of Sagaz because of bribery in the form of a “kickback” scheme. Sagaz retained American Independent Marketing Inc. (“AIM”), which was owned and controlled by L, to assist in marketing Sagaz’s seat covers. S was to

Sagaz Industries Canada Inc., Sagaz Industries Inc. et Joseph Kavana Appellants

c.

671122 Ontario Limited, auparavant Design Dynamics Limited Intimée

RÉPERTORIÉ : 671122 ONTARIO LTD. C. SAGAZ INDUSTRIES CANADA INC.

Référence neutre : 2001 CSC 59.

N° du greffe : 27820.

2001 : 19 juin; 2001 : 28 septembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d’autrui — Employé par opposition à entrepreneur indépendant — Fournisseur initial subissant des pertes considérables après avoir été remplacé à la suite du versement d’un pot-de-vin dans le cadre d’une opération commerciale d’envergure — La responsabilité du fait d’autrui du fournisseur rival est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son consultant?

Procès — Preuve — Réouverture du procès pour admettre un nouvel élément de preuve — Juge de première instance refusant de rouvrir le procès pour admettre un nouvel élément de preuve à la suite d’une motion présentée en ce sens après le dépôt des motifs, mais avant l’inscription du jugement formel — La Cour d’appel a-t-elle eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès?

L’intimée (« Design ») était depuis 30 ans le principal fournisseur de housses de siège d’auto en peau de mouton synthétique de Canadian Tire. En 1984, S, directeur de la division de l’automobile de Canadian Tire, a informé Design qu’elle serait remplacée par un autre fournisseur de housses de siège d’auto, à savoir les sociétés appelantes (« Sagaz »). S a remplacé Design par Sagaz comme fournisseur après s’être vu offrir un pot-de-vin sous forme de commission occulte. Sagaz avait retenu les services de la société American Independent Marketing Inc. (« AIM »), appartenant à L et contrôlée

receive two percent of all sales from L and AIM and incorporated a sham corporation to receive this money. S's wrongdoing was discovered and his employment was terminated. New management at Canadian Tire determined it preferred the seat cover products of Sagaz to those of Design and retained Sagaz as its supplier. Having lost its major customer, Design's manufacturing business went into a steep decline and, in 1989, Design brought an action alleging that AIM, L, Sagaz and K, Sagaz's president, had bribed S and, but for the bribes, Design would have continued as supplier to Canadian Tire. At trial, damages were assessed against L and AIM, jointly and severally, including punitive damages. The action was dismissed as against Sagaz and K. After the trial judge's reasons for judgment were released, but before formal judgment was entered, L, who did not testify at trial, gave Design an affidavit admitting to the conspiracy to bribe S and implicating K in it. On the basis of the affidavit, Design brought a motion to have the trial reopened to hear L's fresh evidence. The trial judge dismissed the motion. The Court of Appeal reversed the decisions of the trial judge, finding that Sagaz was vicariously liable to Design and therefore jointly and severally liable with L and AIM for the damages awarded, with the exception of punitive damages. A new trial was ordered with respect to the liability of K on the basis that the trial judge should have reopened the trial to hear L's evidence.

Held: The appeal should be allowed and the order of the trial judge restored.

The Court of Appeal erred in holding Sagaz vicariously liable to Design. Although the categories of relationships in law that attract vicarious liability are neither exhaustively defined nor closed, the most common one to give rise to vicarious liability is the relationship between master and servant, now more commonly called employer and employee. This is distinguished from the relationship of an employer and independent contractor which, subject to certain limited exceptions, typically does not give rise to a claim for vicarious liability. The main policy concerns justifying vicarious liability are to provide a just and practical remedy for the plaintiff's harm and to encourage the deterrence of future harm. Vicarious liability is fair in principle because the hazards of the business should be borne by

par celui-ci, pour qu'elle l'aide à commercialiser ses housses de siège d'auto. L et AIM devaient verser une commission de 2 pour 100 sur toutes les ventes à S qui, pour toucher cette commission, a créé une société fictive. S a été congédié après la découverte de son acte fautif. Le nouveau directeur chez Canadian Tire a décidé que les produits de Sagaz étaient préférables à ceux de Design et a conservé Sagaz comme fournisseur. Après avoir perdu son principal client, Design a vu son chiffre d'affaires baisser considérablement et a intenté, en 1989, une action dans laquelle elle alléguait que AIM, L, Sagaz et K, président de Sagaz, avaient versé un pot-de-vin à S et que, n'eût été de ce pot-de-vin, elle aurait continué d'approvisionner Canadian Tire. En première instance, L et AIM ont été condamnés solidairement à verser des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts punitifs. L'action a été rejetée en ce qui concernait Sagaz et K. Après le dépôt des motifs du juge de première instance, mais avant l'inscription du jugement formel, L, qui n'avait pas témoigné au procès, a remis à Design un affidavit dans lequel il impliquait K et reconnaissait avoir comploté de verser un pot-de-vin à S. Forte de cet affidavit, Design a présenté au juge de première instance une motion visant la réouverture du procès pour recevoir le nouvel élément de preuve de L. Le juge de première instance a rejeté cette motion. La Cour d'appel a infirmé les décisions du juge de première instance après avoir conclu que Sagaz était responsable du fait d'autrui envers Design et qu'elle était donc solidairement responsable avec L et AIM du paiement des dommages-intérêts accordés, à l'exception des dommages-intérêts punitifs. Un nouveau procès concernant la culpabilité de K a été ordonné pour le motif que le juge de première instance aurait dû rouvrir le procès pour entendre le témoignage de L.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge de première instance est rétablie.

La Cour d'appel a eu tort de décider que Sagaz était responsable du fait d'autrui envers Design. Bien que les catégories de relations juridiques donnant ouverture à l'application de la responsabilité du fait d'autrui ne soient ni définies de manière exhaustive ni limitatives, la relation qui donne le plus souvent naissance à ce type de responsabilité est la relation maître-serviteur, désormais mieux connue sous le nom de relation employeur-employé. Cette relation diffère de la relation employeur-entrepreneur indépendant qui, sous réserve de certaines exceptions limitées, ne donne généralement pas ouverture à une action en responsabilité du fait d'autrui. Les principales considérations de politique générale justifiant la responsabilité du fait d'autrui sont l'idée de fournir un recours juste et pratique pour le préjudice

the business itself; thus, it does not make sense to anchor liability on an employer for acts of an independent contractor, someone who was in business on his or her own account. In addition, the employer does not have the same control over an independent contractor as over an employee to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. There is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor. What must always occur is a search for the total relationship of the parties. The central question is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account. In making this determination, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. However, other factors to consider include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the worker's opportunity for profit in the performance of his or her tasks. Although the contract designated AIM as an "independent contractor", this classification is not always determinative for the purposes of vicarious liability. Looking at the non-exhaustive list of factors set out in *Market Investigations*, it is clear, based on the total relationship of the parties, that AIM was an independent contractor. On the totality of the evidence, AIM was in business on its own account. Absent exceptional circumstances which are not present in this case, it follows that the relationship between Sagaz and AIM, as employer and independent contractor, is not one which attracts vicarious liability.

The Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of the trial judge in deciding to reopen the trial. Absent an error of law, an appellate court should not interfere with the exercise by a trial judge of his or her discretion in the conduct of a trial. Appellate courts should defer to the trial judge, who is in the best position to decide whether fairness dictates that the trial be reopened. The case law dictates that the trial judge must exercise his discretion to reopen the trial "sparingly and with the greatest care" so that "fraud and abuse of the Court's processes" do not result. In this case, the trial judge decided not to exercise his discretion to reopen

subi et celle de dissuader de causer un préjudice à l'avenir. La responsabilité du fait d'autrui est équitable en principe parce qu'une entreprise doit assumer elle-même les risques qu'elle entraîne. Il n'est donc pas logique d'imputer à un employeur la responsabilité des actes accomplis par un entrepreneur indépendant qui, par définition, exploite une entreprise pour son propre compte. En outre, l'employeur n'exerce pas sur un entrepreneur indépendant le même contrôle que sur un employé et n'est pas, de ce fait, en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. Il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles. La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches. Bien que AIM soit désignée dans le contrat comme étant un « entrepreneur indépendant », cette désignation n'est pas toujours déterminante de la responsabilité du fait d'autrui. Compte tenu de la liste non exhaustive de facteurs énumérés dans la décision *Market Investigations* et de la relation globale entre les parties, il est évident que AIM était un entrepreneur indépendant. D'après l'ensemble de la preuve, AIM exploitait une entreprise pour son propre compte. Par conséquent, à moins qu'il n'y ait des circonstances exceptionnelles — ce qui n'est pas le cas en l'espèce —, la relation employeur-entrepreneur indépendant qui existe entre Sagaz et AIM ne donne pas naissance à la responsabilité du fait d'autrui.

La Cour d'appel a eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès. En l'absence d'une erreur de droit, une cour d'appel ne doit pas toucher à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance au cours d'un procès. Les cours d'appel doivent faire preuve de retenue envers le juge de première instance qui est le mieux placé pour déterminer si l'équité commande la réouverture du procès. La jurisprudence exige que le juge de première instance n'exerce son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès qu'« avec modération et la plus grande prudence » de façon à évi-

the trial because neither of the two steps of the test in *Scott* was met to his satisfaction. First, he could not say that the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result, only that it may have changed the result. Second, the trial judge found that L's evidence could have been obtained before trial. L's affidavit evidence contradicts his sworn evidence on discovery, particularly with respect to the existence of the bribery scheme which L avoids acknowledging on discovery. Evidence which is not presumptively credible may fail to probably change the result under the first branch of the test in *Scott*. This is how the trial judge dealt with the affidavit evidence, and he was correct in so doing.

Cases Cited

Referred to: *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Scott v. Cook*, [1970] 2 O.R. 769; *Mayer v. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129; *Co-operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553; *Regina v. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101; *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732; *Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092; *Clayton v. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257; *Ladd v. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 59.06(2)(a).

Authors Cited

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.

ter « la supercherie et le recours abusif aux tribunaux ». En l'espèce, le juge de première instance a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès parce qu'il estimait que l'on n'avait satisfait à ni l'un ni l'autre des deux volets du critère de la décision *Scott*. Premièrement, il lui était possible d'affirmer non pas que l'issue du procès aurait vraisemblablement été différente si le nouvel élément de preuve avait été présenté, mais seulement qu'elle aurait pu être différente. Deuxièmement, le juge de première instance a décidé que l'élément de preuve de L aurait pu être obtenu avant le procès. L'affidavit de L contredit le témoignage qu'il a fait sous serment lors de l'interrogatoire préalable, en particulier en ce qui concerne l'existence du système de pots-de-vin, qu'il avait alors évité de reconnaître. Un élément de preuve qui n'est pas présumé crédible ne contribuera vraisemblablement pas à modifier l'issue du procès, au sens du premier volet du critère de la décision *Scott*. Telle est la façon dont le juge de première instance a traité la preuve constituée d'un affidavit et il a eu raison d'agir ainsi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Scott c. Cook*, [1970] 2 O.R. 769; *Mayer c. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129; *Co-operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553; *Regina c. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Montreal c. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. c. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101; *Market Investigations, Ltd. c. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732; *Lee Ting Sang c. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *Clayton c. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257; *Ladd c. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, art. 59.06(2)a).

Doctrine citée

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London : Butterworths, 1967.

Douglas, William O. "Vicarious Liability and Administration of Risk I" (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584.
 Flannigan, Robert. "Enterprise control: The servant-independent contractor distinction" (1987), 37 *U.T.L.J.* 25.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.
 Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
 Kidner, Richard. "Vicarious liability: for whom should the 'employer' be liable?" (1995), 15 *Legal Stud.* 47.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 46 O.R. (3d) 760, 183 D.L.R. (4th) 488, 128 O.A.C. 46, 2 B.L.R. (3d) 1, 48 C.C.L.T. (2d) 79, 41 C.P.C. (4th) 107, [2000] O.J. No. 121 (QL), reversing the decisions of the Ontario Court (General Division) (1998), 40 O.R. (3d) 229, 42 C.C.L.T. (2d) 50, [1998] O.J. No. 2194 (QL), and [1998] O.J. No. 4018 (QL). Appeal allowed.

H. Lorne Morphy, Q.C., John B. Laskin and M. Paul Michell, for the appellants.

Martin Teplitsky, Q.C., and James M. Wortzman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal raises two issues: the application of vicarious liability for a bribery scheme in a large commercial transaction and the appellate court's review of the trial judge's exercise of discretion not to reopen the trial to admit fresh evidence on a motion brought after the release of his reasons but before formal judgment was entered.

Vicarious liability describes the event when the law holds one person responsible for the misconduct of another because of their relationship. In this case, the respondent (the original supplier) suffered substantial losses when it was replaced as Canadian Tire's synthetic car seat cover supplier. This happened because a bribe was paid by a rival

Douglas, William O. « Vicarious Liability and Administration of Risk I » (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584.
 Flannigan, Robert. « Enterprise control : The servant-independent contractor distinction » (1987), 37 *U.T.L.J.* 25.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia : LBC Information Services, 1998.
 Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto : Carswell, 1990.
 Kidner, Richard. « Vicarious liability : for whom should the "employer" be liable? » (1995), 15 *Legal Stud.* 47.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 46 O.R. (3d) 760, 183 D.L.R. (4th) 488, 128 O.A.C. 46, 2 B.L.R. (3d) 1, 48 C.C.L.T. (2d) 79, 41 C.P.C. (4th) 107, [2000] O.J. No. 121 (QL), infirmant les décisions de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 40 O.R. (3d) 229, 42 C.C.L.T. (2d) 50, [1998] O.J. No. 2194 (QL), et [1998] O.J. No. 4018 (QL). Pourvoi accueilli.

H. Lorne Morphy, c.r., John B. Laskin et M. Paul Michell, pour les appelants.

Martin Teplitsky, c.r., et James M. Wortzman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève deux questions, celle de l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui relativement à un système de pots-de-vin versés dans le cadre d'une opération commerciale d'envergure et celle de l'examen en appel de l'exercice par le juge de première instance du pouvoir discrétionnaire de ne pas rouvrir le procès pour admettre un nouvel élément de preuve à la suite d'une motion présentée en ce sens après le dépôt de ses motifs, mais avant l'inscription du jugement formel.

Il y a responsabilité du fait d'autrui lorsqu'une personne est juridiquement tenue responsable de l'inconduite d'une autre personne en raison de la relation qui existe entre elles. En l'espèce, l'intimée (le fournisseur initial) a subi des pertes considérables lorsqu'elle a été remplacée comme fournisseur de housses synthétiques de siège d'auto de

1

2

supplier's consultant to the head of Canadian Tire's automotive division.

Canadian Tire. Ce changement de fournisseur est survenu à la suite du versement, par un consultant d'un fournisseur rival, d'un pot-de-vin au directeur de la division de l'automobile de Canadian Tire.

3 The first question is whether the appellant Sagaz (the rival automotive supplier) is vicariously liable for the tortious conduct of its consultant who was hired to assist in securing Canadian Tire's business. In my opinion the appellant Sagaz, the competitive supplier, is not vicariously liable for the bribery scheme perpetrated by its consultant. The consultant was not an employee of the supplier but an independent contractor. Based on policy considerations, the relationship between an employer and independent contractor does not typically give rise to a claim in vicarious liability.

La première question qui se pose est de savoir si la responsabilité du fait d'autrui de l'appelante Sagaz (le fournisseur rival de produits pour l'auto) est engagée en raison de la conduite délictueuse du consultant dont elle a retenu les services afin d'obtenir la clientèle de Canadian Tire. Selon moi, la responsabilité du fait d'autrui du fournisseur rival, l'appelante Sagaz, n'est pas engagée en raison du système de pots-de-vin établi par son consultant. Celui-ci était non pas un employé du fournisseur, mais un entrepreneur indépendant. Pour des considérations de politique générale, la relation entre un employeur et un entrepreneur indépendant ne donne pas ouverture habituellement à une action en responsabilité du fait d'autrui.

4 On the second question, the motion to reopen the trial to adduce fresh evidence, I conclude for the reasons that follow that the Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of the trial judge.

Quant à la seconde question, celle de la motion visant à rouvrir le procès pour permettre la présentation d'un nouvel élément de preuve, je conclus, pour les raisons qui suivent, que la Cour d'appel a eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance.

I. Facts

I. Les faits

5 The respondent, 671122 Ontario Limited, formerly Design Dynamics Limited ("Design"), was Canadian Tire Corporation's principal supplier of synthetic sheepskin car seat covers for 30 years. Canadian Tire was the party in the position of strength in the relationship. This is so as it represented more than 60 percent of the Canadian seat cover market and, by 1983, was Design's largest customer accounting for over 50 percent of its sales.

L'intimée, 671122 Ontario Limited, auparavant Design Dynamics Limited (« Design »), était depuis 30 ans le principal fournisseur de housses de siège d'auto en peau de mouton synthétique de la Société Canadian Tire. C'est Canadian Tire qui occupait la position de force dans cette relation du fait qu'elle représentait plus de 60 pour 100 du marché canadien des housses de siège d'auto et qu'en 1983 elle était le client le plus important de Design, comptant pour plus de 50 pour 100 des ventes de cette dernière.

6 In June 1984, Design lost Canadian Tire's business. Robert Summers, the head of Canadian Tire's automotive division, advised Design that another company, the appellants Sagaz Industries Canada Inc. and Sagaz Industries Inc. (collectively "Sagaz"), would be replacing Design as Canadian Tire's seat cover supplier. Sagaz is a Florida cor-

En juin 1984, Canadian Tire a cessé de s'approvisionner chez Design. Robert Summers, directeur de la division de l'automobile de Canadian Tire, a informé Design qu'elle serait remplacée par un autre fournisseur de housses de siège d'auto, à savoir les appelantes Sagaz Industries Canada Inc. et Sagaz Industries Inc. (appelées collectivement

puration and the appellant, Joseph Kavana, is its president. Sagaz Industries Inc. continues to supply Canadian Tire and Sagaz Industries Canada Inc. is inactive.

Summers terminated Canadian Tire's supply relationship with Design in favour of Sagaz because of bribery in the form of a "kickback" scheme. Sagaz retained American Independent Marketing Inc. ("AIM"), a New York corporation, to assist in marketing Sagaz's seat covers to Canadian Tire. AIM was owned and controlled by Stewart Landow. It was later determined that Summers accepted a bribe from Landow and AIM in relation to the Sagaz seat cover contract. Specifically, Summers incorporated a sham corporation, International Marketing Consultants ("IMC"), to receive the bribery money. Summers employed a surrogate, Anthony Brathwaite, as a token manager of IMC. Brathwaite was the puppet of Summers who received all the profits of IMC. Summers entered into an agreement with Landow whereby Landow (through AIM) would pay Summers (through IMC) two percent of all sales by Sagaz to Canadian Tire of synthetic seat covers in order to ensure the sales occurred. As a result of the bribe, Summers terminated Canadian Tire's relationship with Design.

Summers' wrongdoing was discovered in 1985. His employment with Canadian Tire was terminated and he was eventually convicted of corruptly accepting benefits and went to prison. He later went bankrupt. Brathwaite pleaded guilty to similar charges.

Summers was replaced by new management at Canadian Tire which re-evaluated its purchase of synthetic seat covers. Management determined that it preferred the seat cover products of Sagaz to those of Design. Accordingly, Canadian Tire retained its relationship with Sagaz as its supplier.

« Sagaz »). Sagaz est une société floridienne dont le président est l'appelant Joseph Kavana. Sagaz Industries Inc. continue d'approvisionner Canadian Tire, alors que Sagaz Industries Canada Inc. est inactive.

Monsieur Summers a remplacé Design par Sagaz comme fournisseur après s'être vu offrir un pot-de-vin sous forme de commission occulte. Sagaz avait retenu les services d'une entreprise new-yorkaise, American Independent Marketing Inc. (« AIM »), pour qu'elle l'aide à commercialiser ses housses de siège d'auto chez Canadian Tire. AIM appartenait à Stewart Landow qui en avait également le contrôle. Il a plus tard été établi que M. Summers avait accepté un pot-de-vin de M. Landow et de AIM relativement au contrat de vente de housses de siège d'auto conclu par Sagaz. Plus précisément, M. Summers avait, pour toucher le pot-de-vin, créé une société fictive, International Marketing Consultants (« IMC »), dont il avait confié la gestion à un homme de paille Anthony Brathwaite. Ce dernier était le pantin de M. Summers qui encaissait tous les profits de IMC. Messieurs Summers et Landow avaient conclu un accord en vertu duquel M. Landow (par le truchement de AIM) verserait à M. Summers (par le truchement de IMC) une commission de 2 pour 100 sur toutes les ventes de housses synthétiques de Sagaz à Canadian Tire, et ce, afin de garantir la réalisation de ces ventes. Par suite de ce pot-de-vin, M. Summers a mis fin à la relation de Canadian Tire avec Design.

L'acte fautif de M. Summers a été découvert en 1985. Il a été congédié et a finalement été condamné à une peine d'emprisonnement pour avoir accepté un avantage par corruption. Par la suite, il a fait faillite. Monsieur Brathwaite a plaidé coupable à des accusations analogues.

Le remplaçant de M. Summers chez Canadian Tire, après avoir réévalué l'achat de housses de siège synthétiques, a décidé que les produits de Sagaz étaient préférables à ceux de Design. Canadian Tire a donc conservé Sagaz comme fournisseur.

7

8

9

10 Having lost its major customer, Design's manufacturing business went into a steep decline. It sold its assets in 1988. In 1989, Design brought an action against some 13 defendants, including Canadian Tire, Summers, Brathwaite, Landow, AIM, Sagaz and Kavana. At the trial, only AIM, Landow (who did not testify), Sagaz and Kavana remained as defendants. Canadian Tire paid Design \$750,000 to settle the action against it. The action against Summers was discontinued when he went bankrupt. Design's action alleged that AIM, Landow, Sagaz and Kavana had bribed Summers and, but for those bribes, Design would have continued as supplier to Canadian Tire.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 40 O.R. (3d) 229

11 The trial judge found that the decision of Canadian Tire management to switch suppliers of seat covers had nothing to do with any belief that the Sagaz product was superior to the Design product. Design's business was lost solely because of the bribe.

12 The bribery scheme was profitable to Landow as commissions on the sales from Sagaz to Canadian Tire would be paid to his solely-owned corporation, AIM. Landow could not hide behind the corporate veil of AIM in his use of the corporation as his agent in the commission of an intentional tort. The trial judge found that Landow and AIM conspired with Summers and IMC to engage in the unlawful conduct of taking away Design's business from Canadian Tire.

13 While the tort of civil conspiracy was sufficient to establish liability, the trial judge found that liability was more directly addressed through the tort

Après avoir perdu son principal client, la société Design a vu son chiffre d'affaires baisser considérablement. Elle a vendu ses actifs en 1988, puis a intenté en 1989 une action contre quelque 13 défendeurs, dont Canadian Tire, AIM et Sagaz ainsi que MM. Summers, Brathwaite, Landow et Kavana. Au procès, il ne restait plus comme défendeurs que AIM et Sagaz ainsi que MM. Landow (qui n'a pas témoigné) et Kavana. Canadian Tire a versé 750 000 \$ à Design afin de régler l'action que cette dernière avait intentée contre elle. L'action contre M. Summers a été abandonnée au moment où il a fait faillite. Design a allégué dans son action que AIM, M. Landow, Sagaz et M. Kavana avaient versé un pot-de-vin à M. Summers et que, n'eût été de ce pot-de-vin, elle aurait continué d'approvisionner Canadian Tire.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 40 O.R. (3d) 229

Le juge de première instance a conclu que la décision de la direction de Canadian Tire de changer de fournisseur de housses de siège d'auto n'avait rien à voir avec la conviction que le produit de Sagaz était supérieur à celui de Design. Cette dernière avait perdu son client uniquement en raison du pot-de-vin.

Monsieur Landow a profité de ce système de pots-de-vin en ce sens que les commissions sur les ventes de Sagaz à Canadian Tire étaient versées à la société AIM dont il était l'unique propriétaire. Il ne pouvait pas se cacher derrière le voile de la personnalité morale de son entreprise après s'en être servi pour commettre un délit intentionnel. Le juge de première instance a décidé que M. Landow et AIM avaient comploté avec M. Summers et IMC de faire perdre illégalement à Design la clientèle de Canadian Tire.

Même si le délit de complot civil suffisait à établir la responsabilité, le juge de première instance a estimé que la question de la responsabilité était

of unlawful interference with economic relations, for which Landow and AIM were liable.

There were suspicious business dealings raised at the trial in an attempt to implicate Kavana, President of Sagaz, in the bribery scheme, for instance, commissions that Landow received in respect of the sale of seat covers from Sagaz to Canadian Tire. Before Sagaz secured the seat cover contract with Canadian Tire, it was paying Landow a five percent commission on sales. Sagaz then raised Landow's commission from five to six percent. At the same time, or close to it, Landow entered into the agreement with Summers whereby Landow paid Summers two percent in the form of the kickback scheme. It was Design's theory at trial that Landow's commission was raised from five to six percent to fund the bribe to Summers. That implied that Kavana and Landow agreed to share or split the payment of the two percent bribe. Kavana denied involvement in the bribery scheme. He testified that he was misled by Landow in agreeing to change the commission from five to six percent because Landow told him that he was required to hire someone to provide in-store service in Canada which would entail additional expense. Another suspicious event was the payment of \$15,000 by Kavana to Landow in March 1985 which eventually found its way to Robin Addie, a senior buyer for Canadian Tire. Again, Kavana testified and denied any improper conduct. He claimed that Landow told him that this expenditure was tied to the purchase of a car as part of an intended promotion to display the Canadian Tire seat covers. In fact, a car was never purchased.

These suspicious circumstances surrounding Kavana were presented at the trial. The trial judge believed Kavana, found him credible and accepted his evidence that he had trusted Landow and had accepted Landow's explanation about the commis-

mieux abordée sous l'angle du délit d'ingérence illicite dans des relations économiques imputable à M. Landow et à AIM.

Au cours du procès, on a tenté d'impliquer M. Kavana, président de Sagaz, dans le système de pots-de-vin en évoquant certaines opérations commerciales louches comme, par exemple, les commissions que M. Landow touchaient pour la vente de housses de siège d'auto de Sagaz à Canadian Tire. Avant de se voir accorder par Canadian Tire le contrat des housses de siège d'auto, Sagaz versait à M. Landow une commission de 5 pour 100 sur les ventes réalisées. Sagaz a ensuite augmenté cette commission à 6 pour 100. Au même moment ou à peu près au même moment, M. Landow a conclu avec M. Summers l'accord en vertu duquel il lui verserait une commission occulte de 2 pour 100. Design a soutenu au procès que la commission de M. Landow avait été majorée à 6 pour 100 dans le but de financer le pot-de-vin versé à M. Summers, ce qui impliquait que MM. Kavana et Landow avaient accepté de partager le paiement du pot-de-vin de 2 pour 100. Monsieur Kavana a nié toute participation au système de pots-de-vin. Il a témoigné que, s'il avait accepté de majorer la commission à 6 pour 100, c'était parce que Landow l'avait induit en erreur en lui affirmant qu'il devait embaucher quelqu'un pour fournir des services en magasin au Canada, ce qui entraînerait des dépenses supplémentaires. Un autre incident louche était le fait que Robin Addie, acheteur principal chez Canadian Tire, s'était retrouvé en possession d'une somme de 15 000 \$ que M. Kavana avait versée à M. Landow au mois de mars 1985. Dans son témoignage, M. Kavana a nié encore une fois toute inconduite de sa part. Il a prétendu que M. Landow lui avait déclaré que cette somme servirait à acheter une automobile pour une campagne de publicité visant les housses de siège vendues par Canadian Tire. En fait, aucune auto n'a jamais été achetée.

Cette situation louche dans laquelle s'est trouvé M. Kavana a été exposée au procès. Le juge de première instance a jugé M. Kavana crédible et a retenu son témoignage selon lequel il avait fait confiance à M. Landow et avait accepté ses expli-

14

15

sion and car purchase. As well Summers did not implicate Kavana in his testimony. The trial judge concluded that Kavana was not involved in the bribery scheme. He pointed out that had Kavana known of the bribe by Landow then Kavana and Sagaz would have been held directly liable and obviously vicarious liability would not have been an issue.

cations au sujet de la commission et de l'achat d'une automobile. De même, M. Summers n'a pas impliqué M. Kavana dans son témoignage. Le juge de première instance a conclu que M. Kavana n'avait pas participé au système de pots-de-vin. Il a souligné que, si M. Kavana avait été au courant du versement d'un pot-de-vin par M. Landow, sa responsabilité et celle de Sagaz auraient alors été directement engagées et, de toute évidence, la question de la responsabilité du fait d'autrui ne se serait pas posée.

16 The trial judge was brief on the issue of whether Sagaz was vicariously liable to Design for the wrongdoing of Landow and AIM. He held that, on the evidence, AIM was an independent contractor to Sagaz. Citing *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, he held that vicarious liability could not and should not be imposed upon Sagaz for the tortious acts of an independent contractor.

Le juge de première instance a examiné brièvement la question de savoir si Sagaz était responsable envers Design de l'acte fautif de M. Landow et de AIM. Il a conclu que la preuve démontrait que AIM était un entrepreneur indépendant de Sagaz. Citant l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, il a ajouté que la responsabilité du fait d'autrui de Sagaz ne pouvait et ne devait pas être engagée en raison des actes délictueux d'un entrepreneur indépendant.

17 Damages were assessed at \$1,807,500 against Landow and AIM, jointly and severally, plus \$50,000 in punitive damages, and pre-judgment interest. The action was dismissed as against Sagaz and Kavana. The trial judge refused to award Sagaz and Kavana their costs against Design, but awarded Sagaz and Kavana their costs against Landow and AIM under a "Sanderson order".

Le juge a condamné M. Landow et AIM, solidairement, à verser la somme de 1 807 500 \$ à titre de dommages-intérêts, plus la somme de 50 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs, ainsi que des intérêts avant jugement. L'action a été rejetée en ce qui concernait Sagaz et M. Kavana. Le juge a refusé de condamner Design à payer les dépens de Sagaz et de M. Kavana, mais il a rendu une ordonnance de type Sanderson enjoignant à M. Landow et à AIM de payer les dépens de ces deux parties.

B. *Ontario Court (General Division)*, [1998] O.J. No. 4018 (QL)

B. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1998] O.J. No. 4018 (QL)

18 After the trial judge's reasons for judgment were released, but before formal judgment was entered, Landow, who did not testify at the trial, gave Design an affidavit admitting to the conspiracy to bribe Summers and implicating Kavana in it. On the basis of the affidavit, Design brought a motion before the trial judge pursuant to rule 59.06(2)(a) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to have the trial reopened to hear Landow's fresh evidence. Design claimed that the fresh evi-

Après le dépôt des motifs du juge de première instance, mais avant l'inscription du jugement formel, M. Landow, qui n'avait pas témoigné au procès, a remis à Design un affidavit dans lequel il impliquait M. Kavana et reconnaissait avoir comploté de verser un pot-de-vin à M. Summers. Forte de cet affidavit, Design a présenté au juge de première instance une motion fondée sur l'al. 59.06(2)a) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, en vue d'obtenir la réouverture du

dence would show that Kavana was involved in and had knowledge of the tortious activity of Landow, and was also liable to Design.

The trial judge dismissed the motion. He found that there was no direct evidence at trial that Kavana was a party to the bribe paid to Summers. Summers dealt directly with Landow. Summers did not implicate Kavana in his testimony. Kavana testified and denied involvement in the bribe. He was subjected to a thorough and rigorous cross-examination and was credible in his testimony. Landow did not testify nor attend the trial. He was represented by counsel throughout the trial. In the cross-examination of Landow on his affidavit given in connection with the fresh evidence motion, Landow acknowledged that he was aware of his right to attend the trial and to testify. He received daily reports about the course of the trial over its duration.

In dismissing the motion to reopen the trial, the trial judge applied a two-part test from *Scott v. Cook*, [1970] 2 O.R. 769 (H.C.). First, would the evidence, if presented at trial, probably have changed the result? Second, could the evidence have been obtained before trial by the exercise of reasonable diligence?

The trial judge found that neither of the two steps was met. He could not say that the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result, only that it may have changed the result. As well, if the trial were reopened, Landow's evidence might well not be believed. His credibility would be very much in issue. On the second part of the test, the trial judge found that Landow's evidence could have been obtained before trial. Design could have compelled Landow

procès pour recevoir le nouvel élément de preuve de M. Landow. Design prétendait que ce nouvel élément de preuve démontrerait que M. Kavana était au fait des actes délictueux de M. Landow et y avait pris part, et que sa responsabilité envers Design était également engagée.

Le juge de première instance a rejeté la motion pour le motif qu'aucun élément de preuve soumis au procès n'établissait directement la participation de M. Kavana au versement d'un pot-de-vin à M. Summers. Ce dernier avait traité directement avec M. Landow. M. Summers n'a pas impliqué M. Kavana dans son témoignage. Pour sa part, M. Kavana a nié toute participation au versement d'un pot-de-vin lorsqu'il a lui-même témoigné. Il a également témoigné de façon crédible lors du contre-interrogatoire complet et serré dont il a fait l'objet. Monsieur Landow n'a ni témoigné ni assisté au procès. Un avocat l'a représenté pendant toute la durée du procès. Contre-interrogé au sujet de l'affidavit qu'il avait souscrit relativement à la motion visant l'admission d'un nouvel élément de preuve, M. Landow a reconnu qu'il savait qu'il avait le droit d'assister au procès et de témoigner. Pendant toute la durée du procès, il recevait chaque jour un rapport concernant le déroulement des procédures.

En rejetant la motion en réouverture du procès, le juge de première instance a appliqué le critère à deux volets énoncé dans la décision *Scott c. Cook*, [1970] 2 O.R. 769 (H.C.). Premièrement, l'issue du procès aurait-elle vraisemblablement été différente si l'élément de preuve en cause avait été présenté? Deuxièmement, aurait-il été possible d'obtenir l'élément de preuve avant le procès en faisant preuve de diligence raisonnable?

Le juge a conclu que l'on n'avait satisfait à ni l'un ni l'autre de ces deux volets. Il pouvait seulement dire que l'issue du procès aurait pu être différente, et non pas qu'elle aurait vraisemblablement été différente, si le nouvel élément de preuve avait été présenté. De même, s'il y avait réouverture du procès, il se pourrait bien que l'on n'ajoute pas foi à l'élément de preuve présenté par M. Landow. Sa crédibilité serait considérablement mise en doute. En ce qui concerne le second volet du critère, le

19

20

21

to testify under oath at trial, although that evidence may not have been helpful to Design. The trial judge concluded that the court would not allow a party to correct what in hindsight was an unsuccessful strategy at trial.

C. Ontario Court of Appeal (2000), 183 D.L.R. (4th) 488

22

The Court of Appeal reversed the decisions of the trial judge. The gist of its view was that Sagaz was vicariously liable to Design. Applying the “organization test” (from *Mayer v. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129 (C.A.), as previously approved by this Court in *Co-operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106), the Court of Appeal found that Landow and AIM did their work as part of the “Sagaz sales team”. Sagaz was therefore jointly and severally liable with Landow and AIM for the damages awarded, with the exception of punitive damages. For this reason, the Court of Appeal also allowed Landow’s and AIM’s cross-appeal on the issue of costs and set aside the costs award to Sagaz and Kavana against Landow and AIM. Design was entitled to costs against Sagaz.

23

A new trial was ordered with respect to the liability of Kavana on the basis that the trial judge should have reopened the trial to hear Landow’s evidence. The Court of Appeal found that the evidence, if presented at trial and accepted as credible, would implicate Kavana and Sagaz in the bribery scheme. Also, it held that Landow’s evidence was not discoverable by reasonable diligence prior to trial as Design made serious efforts to no avail to persuade Landow to co-operate and to testify against Kavana and Sagaz.

juge de première instance a décidé que l’élément de preuve de M. Landow aurait pu être obtenu avant le procès. Design aurait pu forcer M. Landow à témoigner sous serment au procès, même si son témoignage pouvait ne pas lui être utile. Le juge de première instance a conclu que la cour ne permettrait pas à une partie de corriger ce qui, a posteriori, paraissait avoir été une stratégie de procès infructueuse.

C. Cour d’appel de l’Ontario (2000), 183 D.L.R. (4th) 488

La Cour d’appel a infirmé les décisions du juge de première instance. Elle a estimé essentiellement que Sagaz était responsable du fait d’autrui envers Design. Appliquant le « critère d’organisation » (tiré de l’arrêt *Mayer c. J. Conrad Lavigne Ltd.* (1979), 27 O.R. (2d) 129 (C.A.), et auparavant approuvé par notre Cour dans l’arrêt *Co-operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106), la Cour d’appel a jugé que M. Landow et AIM avaient agi en tant que membres de « l’équipe de vendeurs de Sagaz ». Sagaz était donc solidairement responsable avec M. Landow et AIM du paiement des dommages-intérêts accordés, à l’exception des dommages-intérêts punitifs. Pour cette raison, la Cour d’appel a également accueilli l’appel incident de M. Landow et de AIM sur la question des dépens et a annulé la condamnation de ces derniers à payer les dépens de Sagaz et de M. Kavana. Design avait droit au paiement de ses dépens par Sagaz.

Un nouveau procès concernant la culpabilité de M. Kavana a été ordonné pour le motif que le juge de première instance aurait dû rouvrir le procès pour entendre le témoignage de M. Landow. La Cour d’appel a conclu que si cet élément de preuve était présenté au procès et jugé crédible, il impliquerait M. Kavana et Sagaz dans le système de pots-de-vin. Elle a également jugé qu’il n’aurait pas été possible en faisant preuve de diligence raisonnable de découvrir l’élément de preuve de M. Landow avant le procès, étant donné que Design n’avait ménagé aucun effort pour convaincre M. Landow de collaborer et de témoigner contre M. Kavana et Sagaz, mais n’y était pas parvenue.

III. Issues

1. Did the Court of Appeal err in holding Sagaz vicariously liable to Design?
2. Did the Court of Appeal err by substituting its discretion for that of the trial judge in the decision to reopen the trial?

IV. AnalysisA. *Vicarious Liability*(1) Policy Rationale Underlying Vicarious Liability

Vicarious liability is not a distinct tort. It is a theory that holds one person responsible for the misconduct of another because of the relationship between them. Although the categories of relationships in law that attract vicarious liability are neither exhaustively defined nor closed, the most common one to give rise to vicarious liability is the relationship between master and servant, now more commonly called employer and employee.

In general, tort law attempts to hold persons accountable for their wrongful acts and omissions and the direct harm that flows from those wrongs. Vicarious liability, by contrast, is considered to be a species of strict liability because it requires no proof of personal wrongdoing on the part of the person who is subject to it. As such, it is still relatively uncommon in Canadian tort law. What policy considerations govern its discriminate application?

As Fleming stated in an oft-quoted passage:

[T]he modern doctrine of vicarious liability cannot parade as a deduction from legalistic premises, but

III. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle eu tort de décider que Sagaz était responsable du fait d'autrui envers Design?
2. La Cour d'appel a-t-elle eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès?

IV. AnalyseA. *Responsabilité du fait d'autrui*(1) Le raisonnement de principe qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui

La responsabilité du fait d'autrui n'est pas un délit distinct. Elle est une théorie selon laquelle une personne est responsable de l'inconduite d'une autre personne en raison de la relation qui existe entre elles. Bien que les catégories de relations juridiques donnant ouverture à l'application de la responsabilité du fait d'autrui ne soient ni définies de manière exhaustive ni limitatives, la relation qui donne le plus souvent naissance à ce type de responsabilité est la relation maître-serviteur, désormais mieux connue sous le nom de relation employeur-employé.

En général, le droit de la responsabilité délictuelle vise à tenir les gens responsables de leurs actes ou omissions fautifs ainsi que du préjudice qui en découle directement. Par contre, la responsabilité du fait d'autrui est considérée comme un type de responsabilité stricte parce qu'elle n'exige pas de prouver que la personne qui y est assujettie a accompli personnellement un acte fautif. Pour cette raison, les cas où elle s'applique sont encore relativement rares en droit canadien de la responsabilité délictuelle. Quelles sont les considérations de politique générale qui en régissent l'application restreinte?

Pour reprendre un passage souvent cité de Fleming :

[TRADUCTION] [L]a règle contemporaine de la responsabilité du fait d'autrui ne peut pas passer pour une déduc-

24

25

26

27

should be frankly recognised as having its basis in a combination of policy considerations

(*The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 410, cited in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 26, per McLachlin J. (as she then was); see also *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, released concurrently, at para. 29, per Binnie J.)

However, McLachlin J. noted in *Bazley*, at para. 27 (cited in *Jacobi*, at para. 29) that “[a] focus on policy is not to diminish the importance of legal principle.”

28

The most recent discussion by this Court of the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability was in *Bazley*, at paras. 26-36, where McLachlin J. succinctly reviewed the relevant jurisprudence. She began with La Forest J.’s opinion (dissenting on the cross-appeal) in *London Drugs*, *supra*, which held that vicarious liability is generally considered to rest on one of two logical bases. The first, known as the “master’s tort theory”, posits that the employer is vicariously liable for the acts of his employee because the acts are regarded as being authorized by him so that in law the acts of the employee are the acts of the employer. The second, known as the “servant’s tort theory”, attributes liability to the employer simply because the employer was the employee’s superior and therefore in charge or command of the employee (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 314-15, and P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at pp. 6-7).

29

However, La Forest J. acknowledged that neither of the logical bases for vicarious liability succeeds completely in explaining the operation of the doctrine, and he found that the vicarious liability regime is a response to a number of policy considerations, including compensation, deterrence and loss internalization (*London Drugs*, *supra*, at

tion fondée sur des prémisses formalistes, mais devrait franchement être reconnue comme reposant sur une combinaison de considérations de politique générale . . .

(*The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 410, cité dans les arrêts rendus simultanément *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 26, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef); voir aussi *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, par. 29, le juge Binnie.)

Madame le juge McLachlin a toutefois souligné, au par. 27 de l’arrêt *Bazley* (cité au par. 29 de l’arrêt *Jacobi*), que « [l]’accent mis sur une politique générale ne doit pas diminuer l’importance des principes juridiques. »

La plus récente analyse que notre Cour a faite des considérations de politique générale justifiant l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui se trouve aux par. 26 à 36 de l’arrêt *Bazley*, dans lesquels madame le juge McLachlin a procédé à un examen succinct de la jurisprudence pertinente. Elle a d’abord évoqué l’opinion du juge La Forest (dissident relativement au pourvoi incident) dans l’arrêt *London Drugs*, précité, selon laquelle on considère généralement que la responsabilité du fait d’autrui repose sur l’un des deux fondements logiques suivants. Le premier, connu sous le nom de « théorie du délit de l’employeur », veut que l’employeur soit responsable des actes de son employé parce qu’il est réputé les avoir autorisés, de sorte que, en droit, les actes de l’employé sont les actes de l’employeur. Le deuxième fondement, connu sous le nom de « théorie du délit de l’employé », veut que la responsabilité de l’employeur soit engagée du seul fait qu’il est le supérieur de l’employé et que ce dernier est donc sous ses ordres (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, p. 314-315, et P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), p. 6-7).

Le juge La Forest a toutefois reconnu qu’aucun de ces fondements logiques ne permet d’expliquer complètement l’application de la règle de la responsabilité du fait d’autrui, et a conclu que cette règle répond à un certain nombre de questions de politique générale liées notamment au dédommagement, à la dissuasion et à l’imputation de la perte

p. 336). McLachlin J. noted that Fleming identified similar policies to justify the imposition of vicarious liability, including the provision of a just and practical remedy for the harm and the deterrence of future harm, and held that these two ideas “usefully embrace the main policy considerations that have been advanced” (*Bazley, supra*, at para. 29).

Identification of the policy considerations underlying the imposition of vicarious liability assists in determining whether the doctrine should be applied in a particular case and it is for that reason that the policy considerations set out by this Court in *Bazley* should be briefly reviewed.

First, vicarious liability provides a just and practical remedy to people who suffer harm as a consequence of wrongs perpetrated by an employee. Many commentators are suspicious of vicarious liability in principle because it appears to hold parties responsible for harm simply because they have “deep pockets” or an ability to bear the loss even though they are not personally at fault. The “deep pockets” justification on its own does not accord with an inherent sense of what is fair (see also R. Flannigan, “Enterprise control: The servant-independent contractor distinction” (1987), 37 *U.T.L.J.* 25, at p. 29). Besides an ability to bear the loss, it must also seem just to place liability for the wrong on the employer. McLachlin J. addresses this concern in *Bazley, supra*, at para. 31:

Vicarious liability is arguably fair in this sense. The employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer’s reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss. This accords with the notion that it is right and just that the person who creates a risk bear the loss when the risk ripens into harm.

(*London Drugs*, précité, p. 336). Le juge McLachlin a souligné que Fleming a relevé des considérations de politique générale similaires qui justifient l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui, dont l’idée de fournir un recours juste et pratique pour le préjudice subi et celle de dissuader de causer un préjudice à l’avenir, ajoutant que ces deux idées « englobent utilement les principales considérations de politique générale qui ont été présentées » (*Bazley*, précité, par. 29).

La détermination des considérations de politique générale qui sous-tendent l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui aide à décider s’il y a lieu d’appliquer la règle dans un cas donné et c’est pourquoi il convient d’examiner brièvement celles que notre Cour a énoncées dans l’arrêt *Bazley*.

Premièrement, la responsabilité du fait d’autrui fournit un recours juste et pratique à ceux qui ont subi un préjudice en raison des fautes commises par un employé. Bien des commentateurs se méfient a priori de la notion de responsabilité du fait d’autrui parce qu’elle semble tenir des parties responsables d’un préjudice pour la simple raison qu’elles ont « la bourse bien garnie » ou qu’elles sont en mesure d’assumer la perte, même si elles n’ont rien à se reprocher personnellement. La justification de la « bourse bien garnie » ne concorde pas en soi avec ce qui est perçu comme étant foncièrement équitable (voir également R. Flannigan, « Enterprise control: The servant-independent contractor distinction » (1987), 37 *U.T.L.J.* 25, p. 29). L’imputation de la responsabilité de la faute à l’employeur doit sembler équitable et non pas dépendre uniquement de la capacité de ce dernier d’assumer la perte. Le juge McLachlin aborde cette question au par. 31 de l’arrêt *Bazley*, précité :

Dans ce sens, il est possible de soutenir que la responsabilité du fait d’autrui est équitable. L’employeur plante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l’employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l’organisme qui a créé l’entreprise et, en conséquence, le risque. Cela concorde avec l’idée qu’il est juste et équitable que la personne à l’origine d’un risque assume la perte qui résulte quand le risque se matérialise et cause un préjudice.

30

31

Similarly, Fleming stated that “a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise” (p. 410). McLachlin J. states that while the fairness of this proposition is capable of standing alone, “it is buttressed by the fact that the employer is often in the best position to spread the losses through mechanisms like insurance and higher prices, thus minimizing the dislocative effect of the tort within society” (*Bazley*, at para. 31). Finally on this point, it is noteworthy that vicarious liability does not diminish the personal liability of the direct tortfeasor (Fleming, *supra*, at p. 411; *London Drugs*, *supra*, at p. 460, *per* McLachlin J.).

De même Fleming a affirmé que [TRADUCTION] « la personne qui emploie d’autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l’exploitation de son entreprise » (p. 410). Le juge McLachlin précise que, quoique la justesse de cette proposition puisse être évidente en soi, « elle est étayée par le fait que l’employeur est souvent le mieux placé pour répartir les pertes au moyen de mécanismes comme l’assurance et la hausse de prix, et ainsi pour réduire l’effet perturbateur du délit dans la société » (*Bazley*, par. 31). Il convient enfin de noter, à ce sujet, que la responsabilité du fait d’autrui ne diminue en rien la responsabilité personnelle de l’auteur même du délit (Fleming, *op. cit.*, p. 411; *London Drugs*, précité, p. 460, le juge McLachlin).

32 The second policy consideration underlying vicarious liability is deterrence of future harm as employers are often in a position to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. This policy ground is related to the first policy ground of fair compensation, as “[t]he introduction of the enterprise into the community with its attendant risk, in turn, implies the possibility of managing the risk to minimize the costs of the harm that may flow from it” (*Bazley*, *supra*, at para. 34).

La seconde considération de politique générale qui sous-tend la responsabilité du fait d’autrui est l’idée de dissuader de causer un préjudice à l’avenir étant donné que les employeurs sont souvent en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d’une organisation et d’une supervision efficaces. Cette considération de politique générale est liée la première, celle de la juste indemnisation, vu que « [l]’implantation de l’entreprise dans la collectivité avec les risques qu’elle comporte implique, en revanche, la possibilité de gérer le risque afin de réduire les coûts du préjudice qui peut en découler » (*Bazley*, précité, par. 34).

(2) Employee Versus Independent Contractor

(2) Employé par opposition à entrepreneur indépendant

33 The most common relationship that attracts vicarious liability is that between employer and employee, formerly master and servant. This is distinguished from the relationship of an employer and independent contractor which, subject to certain limited exceptions (see Atiyah, *supra*, at pp. 327-78), typically does not give rise to a claim for vicarious liability. If a worker is determined to be an employee as opposed to an independent contractor such that vicarious liability can attach to the employer, this is not the end of the analysis. The tortious conduct has to be committed by the

La relation qui donne le plus souvent naissance à la responsabilité du fait d’autrui est la relation employeur-employé, autrefois appelée relation maître-serviteur. Elle diffère de la relation employeur-entrepreneur indépendant qui, sous réserve de certaines exceptions limitées (voir Atiyah, *op. cit.*, p. 327-378), ne donne généralement pas ouverture à une action en responsabilité du fait d’autrui. Toutefois, l’analyse ne s’arrête pas à la décision qu’un travailleur est un employé et non pas un entrepreneur indépendant et que la responsabilité du fait d’autrui de son employeur peut

employee in the course of employment. For the reasons that follow, this second stage of the analysis is not relevant and need not be analysed in the present appeal.

What is the difference between an employee and an independent contractor and why should vicarious liability more likely be imposed in the former case than in the latter? This question has been the subject of much debate. The answer lies with the element of control that the employer has over the direct tortfeasor (the worker). If the employer does not control the activities of the worker, the policy justifications underlying vicarious liability will not be satisfied. See Flannigan, *supra*, at pp. 31-32:

This basis for vicarious liability discloses a precise limitation on the scope of the doctrine. If the employer does not control the activities of the worker it is clear that vicarious liability should not be imposed, for then insulated risk-taking [by the employer] does not occur. Only the worker, authorized to complete a task, could have affected the probability of loss, for he alone had control in any respect. Thus, because there is no mischief where employer control is absent, no remedy is required.

Explained another way, the main policy concerns justifying vicarious liability are to provide a just and practical remedy for the plaintiff's harm and to encourage the deterrence of future harm (*Bazley, supra*, at para. 29). Vicarious liability is fair in principle because the hazards of the business should be borne by the business itself; thus, it does not make sense to anchor liability on an employer for acts of an independent contractor, someone who was in business on his or her own account. In addition, the employer does not have the same control over an independent contractor as over an employee to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. Each of these policy justifications is relevant to the ability of the employer to control the activities of the employee, justifications which are generally deficient or missing in the case of an independent contractor. As discussed above, the policy justifications for imposing vicarious liability

donc être engagée. Il faut encore que l'employé ait accompli l'acte délictueux dans l'exercice de ses fonctions. Pour les raisons qui suivent, il n'est pas nécessaire de passer à cette seconde étape de l'analyse, qui n'est pas pertinente en l'espèce.

Quelle différence y a-t-il entre un employé et un entrepreneur indépendant, et pourquoi la responsabilité du fait d'autrui est-elle plus susceptible d'être imputée dans le premier cas? Cette question a été largement débattue. C'est dans le contrôle exercé par l'employeur sur l'auteur même du délit (le travailleur) que réside la réponse. Si l'employeur ne contrôle pas les activités du travailleur, les considérations de politique générale justifiant la responsabilité du fait d'autrui ne jouent pas. Voir Flannigan, *loc. cit.*, p. 31-32 :

[TRADUCTION] Le fondement de la règle de la responsabilité du fait d'autrui en détermine une restriction précise. Si l'employeur ne contrôle pas les activités du travailleur, il est évident que la responsabilité du fait d'autrui ne doit pas lui être imputée car, dans ce cas, il n'y a pas de prise de risque [par l'employeur] qui soit protégée. Seul le travailleur autorisé à accomplir une tâche peut influencer sur la probabilité de perte car c'est lui seul qui exerce un contrôle à cet égard. Ainsi, comme il ne saurait y avoir de méfait en l'absence de contrôle par l'employeur, aucune réparation n'est nécessaire.

En d'autres termes, les principales considérations de politique générale justifiant la responsabilité du fait d'autrui sont l'idée de fournir un recours juste et pratique pour le préjudice subi et celle de dissuader de causer un préjudice à l'avenir (*Bazley*, précité, par. 29). La responsabilité du fait d'autrui est équitable en principe parce qu'une entreprise doit assumer elle-même les risques qu'elle entraîne. Il n'est donc pas logique d'imputer à un employeur la responsabilité des actes accomplis par un entrepreneur indépendant qui, par définition, exploite une entreprise pour son propre compte. En outre, l'employeur n'exerce pas sur un entrepreneur indépendant le même contrôle que sur un employé et n'est pas, de ce fait, en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Toutes ces considérations de politique générale se rattachent à la capacité de l'employeur de contrôler les activités de l'em-

34

35

ity are relevant where the employer is able to control the activities of the employee but may be deficient in the case of an independent contractor over whom the employer has little control. However, control is not the only factor to consider in determining if a worker is an employee or an independent contractor. For the reasons discussed below, reliance on control alone can be misleading, and there are other relevant factors which should be considered in making this determination.

ployé, une dimension qui est généralement inexistante ou insuffisante dans le cas d'un entrepreneur indépendant. Comme nous l'avons vu, les considérations de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui sont pertinentes lorsque l'employeur est en mesure de contrôler les activités de l'employé, mais peuvent être insuffisantes dans le cas d'un entrepreneur indépendant sur lequel l'employeur a peu de contrôle. Le contrôle n'est toutefois pas le seul facteur à considérer pour décider si un travailleur est un employé ou un entrepreneur indépendant. Pour les raisons exposées plus loin, l'application de ce seul facteur risque d'induire en erreur, et il y a lieu de tenir compte d'autres facteurs pour en décider.

36 Various tests have emerged in the case law to help determine if a worker is an employee or an independent contractor. The distinction between an employee and an independent contractor applies not only in vicarious liability, but also to the application of various forms of employment legislation, the availability of an action for wrongful dismissal, the assessment of business and income taxes, the priority taken upon an employer's insolvency, and the application of contractual rights (Flannigan, *supra*, at p. 25). Accordingly, much of the case law on point while not written in the context of vicarious liability is still helpful.

Les tribunaux ont établi divers critères pour aider à décider si un travailleur est un employé ou un entrepreneur indépendant. La distinction entre un employé et un entrepreneur indépendant est utile non seulement en matière de responsabilité du fait d'autrui mais aussi lorsqu'il s'agit d'appliquer diverses lois sur l'emploi, de déterminer si une action pour congédiement injustifié peut être intentée, d'établir des cotisations en matière d'impôt sur le revenu ou de taxe d'affaires, de dresser l'ordre de collocation dans le cas où un employeur devient insolvable ou d'appliquer des droits contractuels (Flannigan, *loc. cit.*, p. 25). Il s'ensuit qu'une bonne partie des décisions en la matière ne sont pas moins utiles du fait qu'elles n'ont pas été rendues dans le contexte de la responsabilité du fait d'autrui.

37 The Federal Court of Appeal thoroughly reviewed the relevant case law in *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553. As MacGuigan J.A. noted, the original criterion of the employment relationship was the control test set out by Baron Bramwell in *Regina v. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207, and adopted by this Court in *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605. It is expressed as follows: "the essential criterion of employer-employee relations is the right to give orders and instructions to the employee regarding the manner in which to

La Cour d'appel fédérale a procédé à un examen détaillé de la jurisprudence pertinente dans l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553. Comme le juge MacGuigan l'a fait remarquer, c'est le critère de contrôle énoncé par le baron Bramwell dans l'affaire *Regina c. Walker* (1858), 27 L.J.M.C. 207, et adopté par notre Cour dans l'arrêt *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, qui a d'abord été appliqué pour déterminer l'existence d'une relation employeur-employé. Il était ainsi formulé : « le critère essentiel destiné à caractériser les rapports de commettant à préposé est le droit de donner des ordres et instructions au préposé sur la manière de

carry out his work” (*Hôpital Notre-Dame de l’Espérance*, *supra*, at p. 613).

This criterion has been criticized as wearing “an air of deceptive simplicity” (Atiyah, *supra*, at p. 41). The main problems are set out by MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*, *supra*, at pp. 558-59:

A principal inadequacy [with the control test] is its apparent dependence on the exact terms in which the task in question is contracted for: where the contract contains detailed specifications and conditions, which would be the normal expectation in a contract with an independent contractor, the control may even be greater than where it is to be exercised by direction on the job, as would be the normal expectation in a contract with a servant, but a literal application of the test might find the actual control to be less. In addition, the test has broken down completely in relation to highly skilled and professional workers, who possess skills far beyond the ability of their employers to direct.

An early attempt to deal with the problems of the control test was the development of a fourfold test known as the “entrepreneur test”. It was set out by W. O. Douglas (later Justice) in “Vicarious Liability and Administration of Risk I” (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584, and applied by Lord Wright in *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.), at p. 169:

In earlier cases a single test, such as the presence or absence of control, was often relied on to determine whether the case was one of master and servant, mostly in order to decide issues of tortious liability on the part of the master or superior. In the more complex conditions of modern industry, more complicated tests have often to be applied. It has been suggested that a fourfold test would in some cases be more appropriate, a complex involving (1) control; (2) ownership of the tools; (3) chance of profit; (4) risk of loss. Control in itself is not always conclusive.

remplir son travail » (*Hôpital Notre-Dame de l’Espérance*, précité, p. 613).

On a dit de ce critère qu’il était [TRADUCTION] « d’une simplicité trompeuse » (Atiyah, *op. cit.*, p. 41). Le juge MacGuigan expose les principales difficultés qu’il soulève, dans l’arrêt *Wiebe Door*, précité, p. 558-559 :

Ce critère a le grave inconvénient de paraître assujéti aux termes exacts du contrat définissant les modalités du travail : si le contrat contient des instructions et des stipulations détaillées, comme c’est chose courante dans les contrats passés avec un entrepreneur indépendant, le contrôle ainsi exercé peut être encore plus rigoureux que s’il résultait d’instructions données au cours du travail, comme c’est l’habitude dans les contrats avec un préposé, mais une application littérale du critère pourrait laisser croire qu’en fait, le contrôle exercé est moins strict. En outre, le critère s’est révélé tout à fait inapplicable pour ce qui est des professionnels et des travailleurs hautement qualifiés, qui possèdent des aptitudes bien supérieures à la capacité de leur employeur à les diriger.

L’une des premières tentatives faites pour régler les difficultés du critère de contrôle a été l’établissement du critère à quatre volets appelé « critère de l’entreprise ». Ce critère a été énoncé par W. O. Douglas (plus tard nommé juge) dans « Vicarious Liability and Administration of Risk I » (1928-1929), 38 *Yale L.J.* 584, puis appliqué par lord Wright dans l’arrêt *Montreal c. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161 (C.P.), p. 169 :

[TRADUCTION] Dans des jugements antérieurs, on s’appuyait souvent sur un seul critère, comme l’existence ou l’absence de contrôle, pour décider s’il s’agissait d’un rapport de maître à serviteur, la plupart du temps lorsque des questions de responsabilité délictuelle de la part du maître ou du supérieur étaient en cause. Dans les situations plus complexes de l’économie moderne, il faut souvent recourir à des critères plus compliqués. Il a été jugé plus convenable dans certains cas d’appliquer un critère qui comprendrait les quatre éléments suivants : (1) le contrôle; (2) la propriété des instruments de travail; (3) la possibilité de profit; (4) le risque de perte. Le contrôle en lui-même n’est pas toujours concluant.

38

39

40 As MacGuigan J.A. notes, a similar general test, known as the “organization test” or “integration test” was used by Denning L.J. (as he then was) in *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101 (C.A.), at p. 111:

One feature which seems to run through the instances is that, under a contract of service, a man is employed as part of the business, and his work is done as an integral part of the business; whereas, under a contract for services, his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it.

41 This decision imported the language “contract of service” (employee) and “contract for services” (independent contractor) into the analysis. The organization test was approved by this Court in *Co-operators Insurance, supra* (followed in *Mayer, supra*), where Spence J. observed that courts had moved away from the control test under the pressure of novel situations, replacing it instead with a type of organization test in which the important question was whether the alleged servant was part of his employer’s organization (from Fleming, *supra*, at p. 416).

42 However, as MacGuigan J.A. noted in *Wiebe Door*, the organization test has had “less vogue in other common-law jurisdictions” (p. 561), including England and Australia. For one, it can be a difficult test to apply. If the question is whether the activity or worker is integral to the employer’s business, this question can usually be answered affirmatively. For example, the person responsible for cleaning the premises is technically integral to sustaining the business, but such services may be properly contracted out to people in business on their own account (see R. Kidner, “Vicarious liability: for whom should the ‘employer’ be liable?” (1995), 15 *Legal Stud.* 47, at p. 60). As MacGuigan J.A. further noted in *Wiebe Door*, if the main test is to demonstrate that, without the work of the alleged employees the employer would be out of business, a factual relationship of mutual dependency would always meet the organization test of

Comme le souligne le juge MacGuigan, le lord juge Denning (plus tard maître des rôles) a appliqué un critère général similaire, appelé « critère d’organisation » ou « critère d’intégration » dans l’arrêt *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. c. Macdonald*, [1952] 1 *The Times* L.R. 101 (C.A.), p. 111 :

[TRADUCTION] Un élément semble se retrouver dans tous les cas : en vertu d’un contrat de louage de services, une personne est employée en tant que partie d’une entreprise et son travail fait partie intégrante de l’entreprise; alors qu’en vertu d’un contrat d’entreprise, son travail, bien qu’il soit fait pour l’entreprise, n’y est pas intégré mais seulement accessoire.

Cet arrêt a introduit dans l’analyse les expressions « contrat de louage de services » (employé) et « contrat d’entreprise » (entrepreneur indépendant). Notre Cour a approuvé le critère d’organisation dans l’arrêt *Co-operators Insurance*, précité (suivi dans *Mayer*, précité), où le juge Spence a fait remarquer que, sous la contrainte de situations nouvelles, les tribunaux avaient abandonné le critère de contrôle et l’avaient remplacé par une sorte de critère d’organisation faisant intervenir l’importante question de savoir si le soi-disant préposé faisait partie de l’organisation de son employeur (Fleming, *op. cit.*, p. 416).

Le juge MacGuigan signale toutefois dans l’arrêt *Wiebe Door*, précité, p. 561, que le critère d’organisation a été « reçu avec moins d’enthousiasme dans d’autres juridictions de *common law* », dont l’Angleterre et l’Australie. Il peut notamment être difficile à appliquer. Il est généralement possible de répondre par l’affirmative à la question de savoir si l’activité ou le travailleur fait partie intégrante de l’entreprise de l’employeur. Par exemple, la personne chargée du nettoyage des locaux est techniquement indispensable à l’entreprise, mais les services de nettoyage peuvent légitimement être confiés en sous-traitance à des personnes travaillant à leur compte (voir R. Kidner, « Vicarious liability: for whom should the “employer” be liable? » (1995), 15 *Legal Stud.* 47, p. 60). Comme le juge MacGuigan l’a également souligné dans l’arrêt *Wiebe Door*, si le critère principal consistait à démontrer que, sans le travail des soi-disant

an employee even though this criterion may not accurately reflect the parties' intrinsic relationship (pp. 562-63).

Despite these criticisms, MacGuigan J.A. acknowledges, at p. 563, that the organization test can be of assistance:

Of course, the organization test of Lord Denning and others produces entirely acceptable results when properly applied, that is, when the question of organization or integration is approached from the persona of the "employee" and not from that of the "employer," because it is always too easy from the superior perspective of the larger enterprise to assume that every contributing cause is so arranged purely for the convenience of the larger entity. We must keep in mind that it was with respect to the business of the employee that Lord Wright [in *Montreal*] addressed the question "Whose business is it?" [Emphasis added.]

According to MacGuigan J.A., the best synthesis found in the authorities is that of Cooke J. in *Market Investigations, Ltd. v. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.), at pp. 737-38 (followed by the Privy Council in *Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374, *per* Lord Griffiths, at p. 382):

The observations of LORD WRIGHT, of DENNING, L.J., and of the judges of the Supreme Court in the U.S.A. suggest that the fundamental test to be applied is this: "Is the person who has engaged himself to perform these services performing them as a person in business on his own account?" If the answer to that question is "yes", then the contract is a contract for services. If the answer is "no" then the contract is a contract of service. No exhaustive list has been compiled and perhaps no exhaustive list can be compiled of considerations which are relevant in determining that question, nor can strict rules be laid down as to the relative weight which the various considerations should carry in particular cases. The most that can be said is that control will no doubt always have to be considered, although it can no longer be regarded as the sole determining factor; and that factors, which may be of importance, are such matters as whether the man performing the services provides his

employés, l'employeur ne pourrait pas exploiter son entreprise, l'existence d'un lien factuel de dépendance mutuelle satisferait toujours au critère d'organisation d'un employé même s'il se peut que ce critère ne reflète pas exactement la relation intrinsèque des parties (p. 562-563).

Le juge MacGuigan reconnaît qu'en dépit de ces critiques le critère d'organisation peut être utile (à la p. 563) :

De toute évidence, le critère d'organisation énoncé par lord Denning et d'autres juristes donne des résultats tout à fait acceptables s'il est appliqué de la bonne manière, c'est-à-dire quand la question d'organisation ou d'intégration est envisagée du point de vue de l'« employé » et non de celui de l'« employeur ». En effet, il est toujours très facile, en examinant la question du point de vue dominant de la grande entreprise, de présumer que les activités concourantes sont organisées dans le seul but de favoriser l'activité la plus importante. Nous devons nous rappeler que c'est en tenant compte de l'entreprise de l'employé que lord Wright [dans l'arrêt *Montreal*] a posé la question « À qui appartient l'entreprise[?] » [Je souligne.]

Selon le juge MacGuigan, c'est le juge Cooke qui a fait la meilleure synthèse du problème dans la décision *Market Investigations, Ltd. c. Minister of Social Security*, [1968] 3 All E.R. 732 (Q.B.D.), p. 737-738 (suivie par le Conseil privé dans l'arrêt *Lee Ting Sang c. Chung Chi-Keung*, [1990] 2 A.C. 374, lord Griffiths, p. 382) :

[TRADUCTION] Les remarques de LORD WRIGHT, du LORD JUGE DENNING et des juges de la Cour suprême des États-Unis laissent à entendre que le critère fondamental à appliquer est celui-ci : « La personne qui s'est engagée à accomplir ces tâches les accomplit-elle en tant que personne travaillant à son compte? » Si la réponse à cette question est affirmative, alors il s'agit d'un contrat d'entreprise. Si la réponse est négative, alors il s'agit d'un contrat de service personnel. Aucune liste exhaustive des éléments qui sont pertinents pour trancher cette question n'a été dressée, peut-être n'est-il pas possible de le faire; on ne peut non plus établir de règles rigides quant à l'importance relative qu'il faudrait attacher à ces divers éléments dans un cas particulier. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il faudra toujours tenir compte du contrôle même s'il ne peut plus être considéré comme le seul facteur déterminant; et que des facteurs qui peuvent avoir une certaine importance sont des questions comme

own equipment, whether he hires his own helpers, what degree of financial risk he takes, what degree of responsibility for investment and management he has, and whether and how far he has an opportunity of profiting from sound management in the performance of his task. [Emphasis added.]

celles de savoir si celui qui accomplit la tâche fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses aides, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion, et jusqu'à quel point il peut tirer profit d'une gestion saine dans l'accomplissement de sa tâche. [Je souligne.]

45 Finally, there is a test that has emerged that relates to the enterprise itself. Flannigan, *supra*, sets out the "enterprise test" at p. 30 which provides that the employer should be vicariously liable because (1) he controls the activities of the worker; (2) he is in a position to reduce the risk of loss; (3) he benefits from the activities of the worker; (4) the true cost of a product or service ought to be borne by the enterprise offering it. According to Flannigan, each justification deals with regulating the risk-taking of the employer and, as such, control is always the critical element because the ability to control the enterprise is what enables the employer to take risks. An "enterprise risk test" also emerged in *La Forest J.*'s dissent on cross-appeal in *London Drugs* where he stated at p. 339 that "[v]icarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents."

Enfin, un critère se rapportant à l'entreprise elle-même est apparu. Flannigan (*loc. cit.*, p. 30) énonce le [TRADUCTION] « critère de l'entreprise » selon lequel l'employeur doit être tenu responsable du fait d'autrui pour les raisons suivantes : (1) il contrôle les activités du travailleur, (2) il est en mesure de réduire les risques de perte, (3) il tire profit des activités du travailleur, (4) le coût véritable d'un bien ou d'un service devrait être assumé par l'entreprise qui l'offre. Pour Flannigan, chaque justification a trait à la régulation du risque pris par l'employeur, et le contrôle est donc toujours l'élément crucial puisque c'est la capacité de contrôler l'entreprise qui permet à l'employeur de prendre des risques. Le juge La Forest a lui aussi formulé un « critère du risque de l'entreprise » dans l'opinion dissidente qu'il a exposée relativement au pourvoi incident dans l'arrêt *London Drugs*. Il a écrit, à la p. 339, que « [l]a responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires. »

46 In my opinion, there is no one conclusive test which can be universally applied to determine whether a person is an employee or an independent contractor. Lord Denning stated in *Stevenson Jordan, supra*, that it may be impossible to give a precise definition of the distinction (p. 111) and, similarly, Fleming observed that "no single test seems to yield an invariably clear and acceptable answer to the many variables of ever changing employment relations . . ." (p. 416). Further, I agree with MacGuigan J.A. in *Wiebe Door*, at p. 563, citing Atiyah, *supra*, at p. 38, that what must always occur is a search for the total relationship of the parties:

À mon avis, aucun critère universel ne permet de déterminer, de façon concluante, si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. Lord Denning a affirmé, dans l'arrêt *Stevenson Jordan*, précité, qu'il peut être impossible d'établir une définition précise de la distinction (p. 111) et, de la même façon, Fleming signale que [TRADUCTION] « devant les nombreuses variables des relations de travail en constante mutation, aucun critère ne semble permettre d'apporter une réponse toujours claire et acceptable » (p. 416). Je partage en outre l'opinion du juge MacGuigan lorsqu'il affirme — en citant Atiyah, *op. cit.*, p. 38, dans l'arrêt *Wiebe Door*, p. 563 — qu'il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles :

[I]t is exceedingly doubtful whether the search for a formula in the nature of a single test for identifying a

[TRADUCTION] [N]ous doutons fortement qu'il soit encore utile de chercher à établir un critère unique per-

contract of service any longer serves a useful purpose The most that can profitably be done is to examine all the possible factors which have been referred to in these cases as bearing on the nature of the relationship between the parties concerned. Clearly not all of these factors will be relevant in all cases, or have the same weight in all cases. Equally clearly no magic formula can be propounded for determining which factors should, in any given case, be treated as the determining ones.

Although there is no universal test to determine whether a person is an employee or an independent contractor, I agree with MacGuigan J.A. that a persuasive approach to the issue is that taken by Cooke J. in *Market Investigations*, *supra*. The central question is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account. In making this determination, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. However, other factors to consider include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the worker's opportunity for profit in the performance of his or her tasks.

It bears repeating that the above factors constitute a non-exhaustive list, and there is no set formula as to their application. The relative weight of each will depend on the particular facts and circumstances of the case.

(3) Application to the Facts

According to the agreement between Sagaz and AIM dated January 29, 1985, AIM was hired to "provide assistance to Sagaz in retaining the goodwill of [Canadian Tire]". Although the contract designated AIM as an "independent contractor", this classification is not always determinative for the purposes of vicarious liability. The starting point for this analysis is whether AIM, while engaged to perform such services for Sagaz, was in business on its own account. If so, AIM is an independent contractor as opposed to an employee

mettant d'identifier les contrats de louage de services [...] La meilleure chose à faire est d'étudier tous les facteurs qui ont été considérés dans ces causes comme des facteurs influant sur la nature du lien unissant les parties. De toute évidence, ces facteurs ne s'appliquent pas dans tous les cas et n'ont pas toujours la même importance. De la même façon, il n'est pas possible de trouver une formule magique permettant de déterminer quels facteurs devraient être tenus pour déterminants dans une situation donnée.

Bien qu'aucun critère universel ne permette de déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant, je conviens avec le juge MacGuigan que la démarche suivie par le juge Cooke dans la décision *Market Investigations*, précitée, est convaincante. La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches.

Ces facteurs, il est bon de le répéter, ne sont pas exhaustifs et il n'y a pas de manière préétablie de les appliquer. Leur importance relative respective dépend des circonstances et des faits particuliers de l'affaire.

(3) Application aux faits

Aux termes de l'accord conclu entre Sagaz et AIM le 29 janvier 1985, AIM était engagée pour [TRADUCTION] « aider Sagaz à obtenir la clientèle de [Canadian Tire] ». Bien que AIM y soit désignée comme étant un « entrepreneur indépendant », cette désignation n'est pas toujours déterminante de la responsabilité du fait d'autrui. Il faut d'abord se demander si, bien qu'elle ait été engagée pour fournir ces services à Sagaz, AIM exploitait une entreprise pour son propre compte. Dans l'affirmative, AIM est un entrepreneur indépendant

47

48

49

of Sagaz and vicarious liability likely will not follow. It is helpful to examine the non-exhaustive list of factors from *Montreal* and *Market Investigations* to assist in this determination.

et non un employé de Sagaz et la responsabilité du fait d'autrui est vraisemblablement écartée. Pour répondre à cette question, il est utile d'examiner la liste non exhaustive de facteurs énumérés dans les décisions *Montreal* et *Market Investigations*.

50

There is some evidence to suggest that Landow and AIM were employees of Sagaz. In other words, in response to the query "whose business is it?", there is some suggestion that Landow worked in what was characterized as a "joint effort" with Sagaz sales managers in order to secure Canadian Tire's business. Specifically, although it was Landow's duty under the contract to obtain Canadian Tire's business and maintain its goodwill, the first letter sent to Canadian Tire on behalf of Sagaz was written by Canadian Tire's national sales manager, David English, who gave price quotations. The first meeting was attended by Landow, English and Kavana. Following that meeting, revised price quotations were sent by English. Landow's role was limited to presenting prices that were set and negotiated by Kavana and English and he required instructions with respect to terms and various other aspects of the business that he was conducting on Sagaz's behalf. Quotations given to Canadian Tire did not disclose Landow as a sales representative. Rather, the space on the invoice for the sales representative was left blank and the account was characterized as a "house account".

Certains éléments de preuve indiquent que M. Landow et AIM étaient des employés de Sagaz. En d'autres termes, on laisse entendre, pour répondre à la question « À qui appartient l'entreprise? », que M. Landow participait avec les directeurs des ventes de Sagaz à ce qui a été décrit comme un « effort concerté » en vue d'obtenir la clientèle de Canadian Tire. Plus précisément, même si, aux termes du contrat, il incombait à M. Landow d'obtenir et de conserver la clientèle de Canadian Tire, la première lettre envoyée à cette dernière au nom de Sagaz contenait des propositions de prix et avait été rédigée par le directeur national des ventes de Canadian Tire, David English. Messieurs Landow, English et Kavana ont assisté à la première rencontre. À la suite de cette rencontre, M. English a envoyé de nouvelles propositions de prix. Le rôle de M. Landow se limitait à soumettre les prix qui avaient été établis et négociés par MM. Kavana et English, et il devait suivre des directives en ce qui concernait les modalités et divers autres aspects de la démarche qu'il accomplissait au nom de Sagaz. Monsieur Landow n'était pas non plus désigné comme représentant des ventes dans les propositions de prix soumises à Canadian Tire; aucune inscription ne figurait dans l'espace réservé au représentant des ventes sur la facture, et le compte était décrit comme étant un « compte hors commission ».

51

There was also some issue made about the fact that in a letter dated June 12, 1984, Landow communicated with Canadian Tire directly using Sagaz's letterhead. On cross-examination, Kavana admitted that Landow had been supplied with Sagaz letterhead. The courts below speculated that these factors came about because Canadian Tire preferred to deal with its suppliers, like Sagaz, directly and not through external sales agents.

On a également insisté jusqu'à un certain point sur le fait qu'une lettre en date du 12 juin 1984 adressée à Canadian Tire avait été écrite par M. Landow sur du papier à correspondance officielle de Sagaz. En contre-interrogatoire, M. Kavana a reconnu que M. Landow avait reçu du papier à correspondance officielle de Sagaz. Les tribunaux d'instance inférieure ont supposé que cela était dû au fait que Canadian Tire préférerait traiter directement avec ses fournisseurs, comme Sagaz, plutôt que de traiter avec des représentants commerciaux indépendants.

On the other hand, there are some compelling points which indicate that AIM and Sagaz were separate legal entities, some of which are that AIM had its own offices, located in New York, while the Sagaz head offices were located in Florida. According to the agreement between the parties, AIM was to pay all of its own costs of conducting its business, including travel expenses, commissions and other compensation of salespersons employed by it. AIM remained free to carry on other activities and represent other suppliers provided that it did not take on any competing lines of business.

With respect to AIM's responsibility for investment and management, Sagaz did not either specify or control how much time AIM was to devote to representing them in maintaining their goodwill with Canadian Tire, or to performing in-store services. Similarly, it was up to AIM and Landow to decide how many, if any, trips Landow would take to Toronto. According to the agreement and Kavana's testimony, AIM had no authority to bind the Sagaz company.

In terms of a risk of loss or an opportunity for profit, Landow and AIM worked on commission on sales of Sagaz's products. As such, the risk of loss and the opportunity for profit depended on whether AIM's expenses (such as travel expenses) exceeded its commissions.

Central to this inquiry is the extent of control that Sagaz had over AIM. While Sagaz directed the prices, terms and other conditions that AIM was to negotiate on Sagaz's behalf, AIM was ultimately in control of providing assistance to Sagaz in retaining the goodwill of Canadian Tire. Again, AIM decided how much time to devote to Sagaz and how much time to devote to its services for other supply companies. Although Sagaz controlled what was done, AIM controlled how it was done. This indicates that Landow was not controlled by Sagaz.

Des éléments convaincants indiquent, par contre, que AIM et Sagaz étaient des entités juridiques distinctes, dont le fait que AIM possédait ses propres bureaux à New York alors que le siège social de Sagaz était situé en Floride. Aux termes de l'accord conclu entre les parties, AIM assumait tous les frais liés à l'exploitation de son entreprise, y compris les frais de déplacement, les commissions et autres rémunérations versées aux vendeurs qu'elle employait. AIM était libre de poursuivre d'autres activités et de représenter d'autres fournisseurs pourvu qu'il ne s'agisse pas d'entreprises rivales.

Quant à la responsabilité de AIM en matière de mises de fonds et de gestion, Sagaz n'a pas précisé pendant combien de temps AIM devrait la représenter auprès de Canadian Tire ou fournir des services en magasin, et elle n'a exercé aucun contrôle à cet égard. De même, il appartenait à AIM et à M. Landow de décider si ce dernier devrait se rendre à Toronto et, le cas échéant, du nombre de fois qu'il le ferait. Il ressort de l'accord et du témoignage de M. Kavana que AIM n'avait pas le pouvoir de lier la société Sagaz.

En ce qui concerne le risque de perte ou la possibilité de profit, M. Landow et AIM touchaient une commission sur les ventes des produits de Sagaz. Par conséquent, AIM pourrait subir une perte ou réaliser un profit selon que le montant de ses dépenses (tels les frais de déplacement) serait supérieur ou inférieur à celui des commissions qu'elle toucherait.

Le degré de contrôle exercé sur AIM par Sagaz revêt une importance cruciale dans la présente analyse. Alors que Sagaz fixait les prix, les conditions et les autres modalités que AIM devait négocier pour le compte de Sagaz, c'est AIM qui, en définitive, décidait de l'aide apportée à Sagaz en vue d'obtenir la clientèle de Canadian Tire. Là encore, AIM décidait combien de temps elle consacrait respectivement à Sagaz et aux autres fournisseurs qu'elle desservait. Sagaz décidait de ce qu'il y avait à faire alors que AIM déterminait comment le faire. Cela indique que Sagaz n'exerçait aucun contrôle sur M. Landow.

52

53

54

55

56

In my opinion, the contravening factors such as the suggestion that the Canadian Tire account was a “house account” and the one letter written by Landow on Sagaz’s letterhead, while of interest, are not sufficient to show that AIM was an employee as part of the Sagaz “sales team”. I agree with the courts below that these factors likely came about because Canadian Tire preferred to deal with its suppliers, like Sagaz, directly and not through external sales agents. Looking at the non-exhaustive list of factors set out in *Market Investigations*, *supra*, including ownership of tools, hiring its own helpers, the degree of financial risk or opportunity for profit by AIM and the responsibility for investment and management, it is clear to me that, based on the total relationship of the parties, AIM was an independent contractor.

À mon avis, en dépit de l’importance qu’ils peuvent avoir, les facteurs contraires, telles l’indication que le compte Canadian Tire était un « compte hors commission » et la lettre écrite par M. Landow sur du papier à correspondance officielle de Sagaz, ne sont pas suffisants pour démontrer que AIM faisait partie de « l’équipe de vendeurs » de Sagaz et était à ce titre un employé. Je conviens avec les tribunaux d’instance inférieure que cela était vraisemblablement dû au fait que Canadian Tire préférait traiter directement avec ses fournisseurs, comme Sagaz, plutôt que de traiter avec des représentants commerciaux indépendants. Compte tenu de la liste non exhaustive de facteurs énumérés dans la décision *Market Investigations*, précitée, — dont la propriété de l’outillage, l’embauche de ses propres assistants, l’étendue des risques financiers, la possibilité de profit et la responsabilité en matière de mises de fonds et de gestion — ainsi que de la relation globale entre les parties, il me paraît évident que AIM était un entrepreneur indépendant.

57

On the totality of the evidence, I agree with the trial judge that AIM was in business on its own account. Absent exceptional circumstances which are not present in this case (see Atiyah, *supra*, at pp. 327-49), it follows that the relationship between Sagaz and AIM, as employer and independent contractor, is not one which attracts vicarious liability. In finding that AIM was an independent contractor and not an employee in relation to Sagaz, I need not consider the second stage of the analysis which inquires into whether the tortious conduct of an employee was committed within the scope of employment.

Je suis d’accord avec le juge de première instance pour dire que, d’après l’ensemble de la preuve, AIM exploitait une entreprise pour son propre compte. Par conséquent, à moins qu’il n’y ait des circonstances exceptionnelles (voir Atiyah, *op. cit.*, p. 327-349) — ce qui n’est pas le cas en l’espèce —, la relation employeur-entrepreneur indépendant qui existe entre Sagaz et AIM ne donne pas naissance à la responsabilité du fait d’autrui. Puisque j’ai conclu que AIM était un entrepreneur indépendant et non un employé de Sagaz, il n’est pas nécessaire de passer à la deuxième étape de l’analyse, qui vise à déterminer si l’employé a accompli l’acte délictueux dans l’exercice de ses fonctions.

58

Design submitted that if AIM was not an independent contractor, then AIM was an agent of Sagaz and therefore Sagaz was liable for the economic tort committed by AIM in the scope and course of its authority. Absent evidence to the contrary, it cannot be presumed that the scope of AIM’s authority in providing “assistance to Sagaz in retaining the goodwill of [Canadian Tire]” was so broad as to include unlawful means such as

Design a prétendu que, si AIM n’était pas un entrepreneur indépendant, elle était alors un mandataire de Sagaz et Sagaz était donc responsable du délit économique commis par AIM dans l’exercice de son pouvoir. En l’absence d’un élément de preuve contraire, on ne saurait présumer le pouvoir de AIM [TRADUCTION] « [d’]aider Sagaz à obtenir la clientèle de [Canadian Tire] » était large au point de l’autoriser à recourir à des moyens illé-

bribery. This is confirmed by the finding of the trial judge at p. 241 that “Mr. Kavana was not a party to the conspiracy of Messrs. Summers and Landow”. As well he also found at p. 245 “that it has not been proven on a balance of probabilities that Mr. Kavana knew of the bribery by Mr. Landow”. In the result, the payment of the bribe by AIM to Summers exceeded the actual and apparent authority of AIM as representative of Sagaz.

B. Motion to Reopen the Trial

After the trial judge’s reasons were released, but before the formal judgment was entered, Landow, who did not testify at trial, gave Design an affidavit admitting to the conspiracy to bribe and implicating Kavana in the conspiracy. Design brought a motion to have the trial reopened to hear the fresh evidence. The trial judge applied the two-part test from *Scott, supra*, to assist in determining whether to exercise his discretion to reopen the trial. First, he decided that the evidence, if presented at trial, probably would not have changed the result. Second, he found that the evidence could have been obtained before trial by the exercise of reasonable diligence. The Court of Appeal overturned the trial judge’s decision, having found that he erred on both branches of the test and that the trial should have been reopened to hear Landow’s evidence. Was the Court of Appeal in error to reverse the trial judge’s exercise of discretion to refuse to reopen the trial?

This Court provided in *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at para. 26:

It has long been established that, absent an error of law, an appellate court should not interfere with the exercise by a trial judge of his or her discretion in the conduct of a trial.

gaux comme le versement d’un pot-de-vin. Cela est confirmé par la conclusion du juge de première instance que [TRADUCTION] « M. Kavana n’a pas participé au complot de MM. Summers et Landow » (p. 241) et « qu’il n’a pas été prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que M. Kavana était au courant du versement du pot-de-vin par M. Landow » (p. 245). En définitive, le versement par AIM d’un pot-de-vin à M. Summers excédait le pouvoir réel et apparent que possédait AIM en tant que représentante de Sagaz.

B. Motion visant la réouverture du procès

Après le dépôt des motifs du juge de première instance, mais avant l’inscription du jugement formel, M. Landow, qui n’avait pas témoigné au procès, a remis à Design un affidavit dans lequel il impliquait M. Kavana et reconnaissait avoir comploté de verser un pot-de-vin. Design a présenté une motion en vue d’obtenir la réouverture du procès pour recevoir le nouvel élément de preuve. Le juge de première instance a appliqué le critère à deux volets tiré de la décision *Scott*, précitée, pour déterminer s’il devait exercer son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès. Premièrement, il a décidé que l’issue du procès n’aurait vraisemblablement pas été différente si l’élément de preuve en cause avait été présenté. Deuxièmement, il a conclu qu’il aurait été possible d’obtenir l’élément de preuve avant le procès en faisant preuve de diligence raisonnable. La Cour d’appel a infirmé la décision du juge de première instance après avoir conclu qu’il avait commis une erreur concernant chacun des deux volets du critère et que le procès aurait dû être rouvert pour entendre le témoignage de M. Landow. La Cour d’appel a-t-elle eu tort d’infirmé la décision discrétionnaire du juge de première instance de refuser de rouvrir le procès?

Notre Cour a affirmé dans l’arrêt *Hamstra (Tuteur à l’instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 26 :

Il est établi depuis longtemps qu’en l’absence d’une erreur de droit une cour d’appel ne devrait pas toucher à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance au cours d’un procès.

Appellate courts should defer to the trial judge who is in the best position to decide whether, at the expense of finality, fairness dictates that the trial be reopened. See *Clayton v. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257 (B.C.C.A.), at p. 295:

[The trial judge] would of course discourage unwarranted attempts to bring forward new evidence available at the trial to disturb the basis of a judgment delivered or to permit a litigant after discovering the effect of a judgment to re-establish a broken-down case with the aid of further proof.

Les cours d'appel doivent faire preuve de retenue envers le juge de première instance qui est le mieux placé pour déterminer si l'équité exige de faire un accroc au caractère définitif du procès et de le rouvrir. Voir *Clayton c. British American Securities Ltd.*, [1934] 3 W.W.R. 257 (C.A.C.-B.), p. 295 :

[TRADUCTION] [Le juge de première instance] découragerait bien sûr les tentatives injustifiées de présenter un nouvel élément de preuve — qui existe au moment du procès — dans le but d'ébranler le fondement d'un jugement rendu ou de permettre à une partie ayant pris connaissance de l'effet d'un jugement de redresser une preuve chancelante au moyen d'un autre élément de preuve.

61 Further, the case law dictates that the trial judge must exercise his discretion to reopen the trial “sparingly and with the greatest care” so that “fraud and abuse of the Court’s processes” do not result (see *Clayton, supra*, at p. 295, cited in *Scott*, at p. 774).

De plus, la jurisprudence exige que le juge de première instance n'exerce son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès qu'[TRADUCTION] « avec modération et la plus grande prudence » de façon à éviter « la supercherie et le recours abusif aux tribunaux » (voir *Clayton*, précité, p. 295, cité dans *Scott*, p. 774).

62 In this case, the trial judge decided not to exercise his discretion to reopen the trial because neither of the two steps of the test in *Scott, supra*, was met to his satisfaction. First, he found that he could not say that the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result, only that it may have changed the result. If the trial were to be reopened, Landow’s evidence might well not be believed. His credibility would be in issue. Second, the trial judge found that Landow’s evidence could have been obtained before trial. Design could have compelled Landow to testify under oath at trial. While this carried some risk, the trial judge viewed it as a trial strategy, a conclusion he was entitled to reach.

En l’espèce, le juge de première instance a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès parce qu’il estimait que l’on n’avait satisfait à ni l’un ni l’autre des deux volets du critère de la décision *Scott*, précitée. Premièrement, il a conclu qu’il était possible d’affirmer non pas que l’issue du procès aurait vraisemblablement été différente si le nouvel élément de preuve avait été présenté, mais seulement qu’elle aurait pu être différente. Il se pourrait, si le procès était rouvert, que l’on n’ajoute pas foi à l’élément de preuve de M. Landow. Sa crédibilité serait mise en doute. Deuxièmement, le juge de première instance a décidé que l’élément de preuve de M. Landow aurait pu être obtenu avant le procès. Design aurait pu le forcer à témoigner sous serment au procès. Il a estimé qu’en dépit du risque qu’elle comportait une telle démarche était une stratégie de procès, et il lui était loisible de tirer cette conclusion.

63 In my opinion, the Court of Appeal erred in substituting its discretion for that of the trial judge in deciding to reopen the trial. On the first branch of the test set out in *Scott*, the trial judge found that

Je suis d’avis que la Cour d’appel a eu tort de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance en décidant de rouvrir le procès. En ce qui concerne le premier volet du cri-

Landow's credibility would be in issue whereas the Court of Appeal found it difficult to see how the trial judge could make this determination without hearing Landow testify. In the Court of Appeal's determination, it was not sufficiently clear that Landow would be disbelieved. I disagree with the Court of Appeal on this point. Landow's affidavit evidence contradicts his sworn evidence on discovery, particularly with respect to the existence of the bribery scheme which Landow avoids acknowledging on discovery. To this significant extent, Landow is akin to a recanting liar. Lord Denning's comments in *Ladd v. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.), at p. 1491, are applicable:

It is very rare that application is made to this court for a new trial on the ground that a witness has told a lie. The principles to be applied are the same as those always applied when fresh evidence is sought to be introduced. To justify the reception of fresh evidence or a new trial, three conditions must be fulfilled: first, it must be shown that the evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial; secondly, the evidence must be such that, if given, it would probably have an important influence on the result of the case, though it need not be decisive; thirdly, the evidence must be such as is presumably to be believed, or in other words, it must be apparently credible, though it need not be incontrovertible.

We have to apply those principles to the case where a witness comes and says: "I told a lie but nevertheless I now want to 'tell the truth'". It seems to me that the fresh evidence of such a witness will not as a rule satisfy the third condition. A confessed liar cannot usually be accepted as being credible. To justify the reception of the fresh evidence, some good reason must be shown why a lie was told in the first instance, and good ground given for thinking the witness will tell the truth on the second occasion. [Emphasis added.]

These comments, in my opinion, apply with equal force to the present case. Landow is akin to a "recanting liar" because he failed to tell his "truth"

tère de la décision *Scott*, le juge de première instance a conclu que la crédibilité de M. Landow serait mise en question, tandis que la Cour d'appel a jugé qu'il était difficile de voir comment le juge de première instance pouvait tirer cette conclusion sans avoir entendu le témoignage de M. Landow. La Cour d'appel a estimé qu'il n'était pas suffisamment évident que M. Landow ne serait pas cru. Je ne suis pas de cet avis. L'affidavit de M. Landow contredit le témoignage qu'il a fait sous serment lors de l'interrogatoire préalable, en particulier en ce qui concerne l'existence du système de pots-de-vin, qu'il avait alors évité de reconnaître. Dans cette large mesure, M. Landow ressemble à un menteur qui se rétracte. Les observations de lord Denning dans l'arrêt *Ladd c. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.), p. 1491, sont pertinentes :

[TRADUCTION] Il arrive très rarement qu'on demande à la cour d'ordonner un nouveau procès parce qu'un témoin a menti. Les principes qui doivent être appliqués sont les mêmes que ceux qui sont toujours appliqués dans le cas d'une demande de présentation de nouveaux éléments de preuve. Trois conditions doivent être remplies pour justifier la réception d'un nouvel élément de preuve ou la tenue d'un nouveau procès. Premièrement, il faut démontrer qu'il n'aurait pas été possible en faisant preuve de diligence raisonnable d'obtenir l'élément de preuve pour le procès. Deuxièmement, il doit s'agir d'un élément de preuve qui, s'il était présenté, aurait probablement une influence importante sur l'issue de l'affaire; il n'est pas nécessaire toutefois qu'il soit déterminant. Troisièmement, l'élément de preuve doit pouvoir être présumé crédible ou, autrement dit, il doit être apparemment crédible, bien qu'il n'ait pas à être irréfutable.

Nous devons appliquer ces principes à la situation où un témoin vient affirmer : « J'ai menti, mais malgré cela, je veux maintenant "dire la vérité" ». Il me semble qu'en principe ce nouvel élément de preuve ne satisfait pas à la troisième condition. Un menteur avoué ne peut habituellement pas être jugé crédible. Pour justifier la réception d'un nouvel élément de preuve, il faut expliquer de façon satisfaisante pourquoi le témoin a d'abord menti et pourquoi on pense qu'il dira maintenant la vérité. [Je souligne.]

J'estime que ces propos sont tout aussi applicables en l'espèce. Monsieur Landow ressemble à un « menteur qui se rétracte », car il a omis de dire

when he had the opportunity to do so on discovery and again when he declined to testify at trial. Although the determination in *Ladd* was made under the third branch of the test applied in that case, a branch that is absent from the two-part test in *Scott*, the application of the *Scott* test to the situation of a “recanting liar” has the same result in this case. Evidence which is not presumptively credible may fail to probably change the result under the first branch of the test in *Scott*. This is how the trial judge dealt with the affidavit evidence, and in my view he was correct in so doing. Further, it cannot be ignored that the trial decision imposing liability on Landow and AIM provided incentive for Landow to attempt to shift some responsibility to Kavana in order to share the liability of the corresponding damage award. The trial judge had also seen the evidence of Kavana in the first instance, which he found to be credible even in the face of a vigorous cross-examination.

ce qui était selon lui la vérité lorsqu’il lui était possible de le faire au cours de l’interrogatoire préalable et, de nouveau, lorsqu’il a refusé de témoigner au procès. Bien que la décision *Ladd* ait été fondée sur le troisième volet du critère appliqué dans cette affaire, lequel volet est absent du critère à deux volets de la décision *Scott*, l’application de ce dernier critère à la situation d’un « menteur qui se rétracte » entraîne le même résultat en l’espèce. Un élément de preuve qui n’est pas présumé crédible ne contribuera vraisemblablement pas à modifier l’issue du procès, au sens du premier volet du critère de la décision *Scott*. Telle est la façon dont le juge de première instance a traité la preuve constituée d’un affidavit et j’estime qu’il a eu raison d’agir ainsi. Il ne faut pas oublier non plus que la décision de première instance imputant une responsabilité à M. Landow et à AIM était de nature à inciter M. Landow à tenter d’en faire assumer une partie par M. Kavana pour qu’il participe au paiement des dommages-intérêts accordés. Le juge de première instance avait aussi, dès le départ, pris connaissance du témoignage de M. Kavana qu’il a jugé crédible même après un vigoureux contre-interrogatoire.

65 The court in *Scott* mandated that both branches of the test to reopen a trial to admit fresh evidence must be met. Having failed to meet the first branch of the test, it is unnecessary to examine whether the precluded evidence in this case could have been obtained by the exercise of reasonable diligence. It is sufficient to say that that too is a matter largely within the discretion of the trial judge and, absent error by him, that finding should not be interfered with.

Dans la décision *Scott*, la cour précise qu’il ne peut y avoir réouverture d’un procès pour admettre un nouvel élément de preuve que si l’on a satisfait aux deux volets du critère. Étant donné que l’on n’a pas satisfait au premier volet, il n’est pas nécessaire d’examiner s’il aurait été possible en l’espèce d’obtenir l’élément de preuve écarté en faisant preuve de diligence raisonnable. Il suffit de dire que cette question relève elle aussi largement du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance et qu’il n’y a pas lieu de modifier la conclusion de ce dernier en l’absence d’une erreur de sa part.

V. Disposition

V. Dispositif

66 The appeal is allowed with costs to the appellants in this Court and in the Court of Appeal. The order of the Court of Appeal is set aside. The order of Cumming J., dated December 23, 1998, is restored.

Le pourvoi est accueilli avec dépens en faveur des appelants en notre Cour et en Cour d’appel. L’ordonnance de la Cour d’appel est annulée. L’ordonnance du juge Cumming datée du 23 décembre 1998 est rétablie.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellants: Torys, Toronto.

Procureurs des appelants : Torys, Toronto.

*Solicitors for the respondent: Teplitsky, Colson,
Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Teplitsky, Colson,
Toronto.*